

Os métodos utilizados para a solução da colisão entre direitos fundamentais

Arthur Martins Ramos Rodrigues*

Advogado; Professor de História do Direito; Prática Jurídica II; Prática Jurídica IV, Uma Visão Constitucional do Direito Civil, da Universidade Iguazu – Campus V; Mestre em Direito na área de concentração em Direito Privado e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos.

Alceu Rangel da Silva Junior*

Especialista em Dir. do Trabalho, Dir. Previdenciário e Medicina e Segurança do Trabalho. Analista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Marcelo Lannes Santucci*

Advogado; Professor de Hermenêutica Jurídica; Prática Jurídica I – Direito e Processo do Trabalho; Prática Jurídica II – Direito de Família; Direito do Trabalho III – Ênfase em Processo; Prática Jurídica Real III, da Universidade Iguazu – Campus V; Professor de Direito do Trabalho II; e Direito Processual do Trabalho pela Faculdade Metropolitana São Carlos em Bom Jesus do Itabapoana – RJ; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Iguazu em Itaperuna – RJ.

Resumo

A eficácia de um direito fundamental não é plena. Ela pode ser restringida diante de um fato concreto, quando o exercício de um direito fundamental por seu titular impede ou dificulta que o titular de um outro direito também fundamental o exerça eficazmente. O presente artigo envolve a análise do referido fenômeno da colisão entre direitos fundamentais rechaçando a hipótese de utilização dos métodos hermenêuticos constitucionais clássicos e de um juízo de valor *prima facie* para solucionar a colisão.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Colisão; Ponderação de Interesses;

Abstract

The efficacy of the basic rights isn't absolute. It can be restrained in concrete case, when the exercise of a basic right by its owner is hinder or make difficult to the owner of another basic right to exert it with the effectiveness. This article involves the analysis of that phenomenon of collision between basic rights rejecting the possibility of using the classic constitutional hermeneutical methods and a value judgment *prima facie* to resolve the collision.

Keywords: Basic Rights; Collision; Balance of Interests;

1 Introdução

Os direitos fundamentais, concebidos a partir da positivação na esfera constitucional dos denominados direitos naturais, aparecem no ordenamento tanto como uma restrição do poder do Estado frente aos interesses particulares, quanto uma obrigação positiva do Ente Federativo de atuar exaustivamente para resguardar a concretização destes direitos e impedir que os mesmos sofram algum tipo de restrição.

São também direitos heterogêneos, genéricos e mutáveis. Por conta disso, na maioria das vezes o seu conteúdo só é delineado ao sofrer alguma restrição.

A problemática do presente trabalho surge a partir do momento em que pleno o exercício de um direito fundamental de um titular encontra óbice perante o exercício de um outro direito igualmente constitucional de outro titular.

Diante destes casos um magistrado deve partir das premissas de que o direito fundamental deve ser tutelado pelo Estado; de que não há como fazer um juízo *prima facie* de um direito fundamental perante o outro, visto que são dotados de um mesmo peso axiológico; de que os métodos hermenêuticos clássicos não são aplicáveis a estas normas, etc.

Surgem, conseqüentemente, a dificuldade de responder perguntas como: Qual direito fundamental tutelar e qual restringir? Qual o método utilizado para encontrar a solução mais adequada? Até que ponto um direito fundamental pode ser restringido?

É nesta perspectiva que este trabalho se desenvolverá, respondendo esta e outras questões, na busca de um método hermenêutico constitucional que resultar em uma medida constitucionalmente válida e apropriada.

2 O Fenômeno da Colisão Entre Direitos Fundamentais:

Para Konrad Hesse “direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais.”¹

Para Gregório Peces-Barba Martínez os direitos fundamentais são:

Una pretensión moral justificada, tendente a facilitar la autonomía y la independencia personal, enraizada en las ideas de libertad y igualdad, con los matices que aportan conceptos como solidaridad y seguridad jurídica, y construida por la reflexión racional en la historia del mundo moderno, con las aportaciones sucesivas e integradas de la filosofía moral y política liberal, democrática y socialista.²

Com o fim de melhor elucidar o presente estudo, trazemos à baila o conceito adotado por Ingo Wolfgang Sarlet que diz que “direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana”³. Tal conceito deverá ser levado em consideração quando formos tratar dos nortes para a solução dos direitos fundamentais.

¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998, p.225.

² MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999, p. 109.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.110.

Conforme se pode perceber pela própria dificuldade encontrada na tentativa de conceituá-los, os direitos fundamentais são direitos heterogêneos, cujos conteúdos são manifestamente abrangentes, mutáveis e que, na maioria das vezes, só podem ser revelados diante de um fato concreto e quando da interação entre si ou nas relações destes com outros bens constitucionalmente tutelados.

Diante disso, resulta que, em determinadas situações fáticas, estes direitos entram em colisão uns com os outros ou com outros valores constitucionais, surgindo, desta forma, a problemática da colisão entre direitos fundamentais.

Diante disso, podemos esboçar um conceito para o instituto da colisão dos direitos fundamentais como sendo o impasse que surge quando um titular de um direito fundamental, ao exercê-lo, impede ou dificulta que o titular de outro direito, também fundamental, o exerça plenamente.

Estas colisões podem se apresentar em duas hipóteses⁴. A primeira ocorre quando o exercício de um direito fundamental entra em choque com o exercício de outro direito fundamental. Como exemplo, citamos a colisão entre o direito à vida e o direito à liberdade religiosa⁵. A segunda hipótese ocorre quando o choque se dá entre um direito fundamental e um outro bem jurídico protegido constitucionalmente. É o que ocorre, exemplo quando o direito fundamental de deslocação passa a ser restringido por um bem da comunidade, a saúde pública.

O fenômeno da colisão entre estes direitos em muito se assemelha aos conflitos entre os princípios, justamente pelo fato de, tanto os direitos fundamentais, quanto os princípios, possuírem características peculiares de deterem um conteúdo polimórfico e por exigirem o emprego de processos semelhantes para a solução entre conflitos.

Paulo Gonet Branco nos ensina que "no conflito entre princípios, deve-se buscar uma conciliação entre eles, uma aplicação de cada qual no caso concreto, sem que um dos princípios venha a ser excluído do ordenamento por irremediável contradição com o outro"⁶.

⁴ FARIAS, Edílson Pereira de. Op. Cit., p. 93.

⁵ O choque entre estes dois direitos fundamentais ocorre comumente quando um cidadão adepto da religião Testemunha de Geová necessita ser submetido à uma transfusão de sangue. Como a referida religião não admite esta hipótese, sob pena de se tornar um ser impuro, o cidadão prefere correr o risco da morte ao ser submetido a um procedimento como este.

⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 182.

Diante disso, podemos verificar que, para solucionar uma colisão entre direitos fundamentais, é insuficiente a mera utilização de um juízo de validade com base nos critérios hermenêuticos clássicos aplicados para a solução de colisão entre as leis, a saber, hierárquico, cronológico ou da especialidade.

Não obstante, os conflitos entre direitos fundamentais também não se resolvem apenas com a aceitação preliminar de que uns direitos são mais importantes que outros, já que, como dito, todos estão previstos na mesma tábua axiológica, inexistindo, desta forma, qualquer hierarquia valorativa entre eles.

Neste sentido leciona Canotilho que “excluem-se, por conseguinte, relações de preferência *prima facie*, pois nenhum bem é, *prima facie*, quer excluído, porque se afigura excessivamente débil, quer privilegiado, porque, *prima facie*, se afigura com valor ‘reforçado’ ou até absoluto”⁷.

2.1 Da colisão aparente e da colisão autêntica

O primeiro passo a ser dado ao nos depararmos com uma situação em que dois ou mais direitos fundamentais entram em suposta colisão, é delimitar o que a melhor doutrina convencionou chamar de âmbito de proteção do direito fundamental⁸. A partir disto, poderemos verificar a existência de uma real colisão e encontrar a solução mais adequada ao caso concreto.

Trata-se, portanto, de uma fração da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto da proteção da garantia fundamental.

Para Canotilho, delimitar o âmbito de proteção de uma norma de direito fundamental significa:

determinar quais os bens jurídicos protegidos e a extensão dessa proteção – âmbito de proteção da norma – e verificar se os bens jurídicos protegidos por uma norma constitucional consagradora de um direito, liberdade e garantia sofrem de qualquer restrição imediatamente estabelecida pela própria constituição – restrição constitucional expressa – ou se a constituição autoriza a lei a restringir esse âmbito de proteção – reserva de lei restritiva.⁹

Portanto, torna-se de vital importância delimitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais para evitar situações ilusórias, onde uma interpretação meramente

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.203.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1.195.

⁹ *Idem*, p. 1.195.

literal da norma de direito fundamental pode nos levar a uma falsa impressão de que certa situação está incluída no âmbito de proteção de um direito, o que na verdade não está.

Estas situações são denominadas de colisões aparentes entre direitos fundamentais.

Diante de uma situação como esta, o intérprete é levado a crer que dois ou mais direitos fundamentais estão em conflito entre si, porém, o que se observa na verdade é uma simples aferição incorreta do âmbito de proteção.

Um exemplo comumente encontrado nos manuais é a divulgação de idéias com conteúdo manifestamente racistas, resultando em um conflito entre o direito fundamental da liberdade de expressão e o princípio da dignidade da pessoa humana. No corrente caso, ao encontrarmos o âmbito de proteção de cada direito, podemos verificar que houve uma colisão meramente aparente, visto que a liberdade de expressão não comporta uma ação que ofenda a ordem constitucional.

A solução para estes conflitos aparentes é simples, pois basta que se tutele integralmente o direito fundamental restringido, no exemplo citado o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o direito fundamental de livre expressão estaria excedendo os limites de seu âmbito de proteção, devendo, portanto, ser limitado na medida em que o extrapola.

Quando, ao contrário, mesmo após a delimitação do âmbito de proteção, pudermos verificar uma real colisão entre os direitos fundamentais em questão, estaremos diante de uma colisão autêntica.

Na colisão autêntica há um verdadeiro embate ente os âmbitos de proteção de dois ou mais direitos fundamentais ou bens constitucionalmente garantidos.

Robert Alexy, citado por Clèmerson Marlin Clève e Alexandre Reis Siqueira Freira, leciona que existem colisões autênticas de direitos em sentido amplo e em sentido estrito¹⁰.

Por colisões em sentido amplo entende-se como sendo aquelas que surgem do choque entre de um direito fundamental com outros bens jurídicos constitucionalmente protegidos.

¹⁰ SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, p.233.

As colisões em sentido estrito, por outro lado, surgem a partir do momento em que o exercício de um direito fundamental de um titular encontra um óbice pelo exercício de um direito fundamental de outro titular.

A solução para as colisões autênticas não é encontrada tão facilmente quanto nas colisões aparentes. Isto, como já foi dito anteriormente, porque os direitos fundamentais não se submetem às técnicas hermenêuticas clássicas de resolução de conflitos.

Também não são suscetíveis a serem preteridos em detrimento a outro direito fundamental, por gozarem de um mesmo *status* axiológico atribuído pela constituição.

Diante desta dificuldade em harmonizar os conflitos autênticos entre os direitos fundamentais, devemos buscar métodos seguros que atendam satisfatoriamente as especificidades destes direitos fundamentais sem esvaziar-lhes o conteúdo.

No item seguinte analisaremos alguns dos métodos utilizados pela doutrina para a solução destas colisões.

3 Os Métodos Utilizados Para a Solução das Colisões Entre Direitos Fundamentais

3.1 O método hermenêutico-concretizador

Um dos métodos apresentados pelos estudiosos do direito para solucionar o problema da colisão autêntica de direitos fundamentais é desenvolver um trabalho interpretativo com base na proposta de Konrad Hesse, utilizando-se do método hermenêutico-concretizador, segundo o qual as passagens obscuras, que levam à dúvida, são pressupostos de existência do ato de interpretar. Onde há dúvida, existe a necessidade de uma interpretação.

De acordo com o referido método hermenêutico, a solução das colisões de direitos fundamentais tem como pressupostos a pré-compreensão do intérprete, do conteúdo normativo e problema concreto a ser resolvido. Com isso, a leitura de um texto constitucional, assim como a de qualquer outro texto normativo, inicia-se pela pré-compreensão do seu sentido por intermédio do intérprete, a quem compete concretizar a norma a partir de uma situação histórica igualmente concreta. A interpretação obtida a partir desse processo relaciona o texto e o contexto, permitindo ao intérprete realçar os aspectos subjetivos e objetivos da atividade hermenêutica, quais sejam a atuação criadora do intérprete e as circunstâncias em que se desenvolve.

Por pré-compreensão do intérprete podemos entender como sendo a capacidade de organizar mentalmente todos os requisitos necessários à solução do problema. É a

aptidão de assimilar e manipular informações, conceitos e noções relativas a um determinado problema.

Konrad Hesse, citado por Ana Carolina Dode Lopez, afirma que “de um lado a atividade do intérprete deve excluir pontos de vista estranhos ao problema; de outro, deve incluir no programa normativo e no âmbito normativo os elementos concretizantes oferecidos pela norma constitucional e a Constituição como um todo.”¹¹

É nessa perspectiva que surgem os princípios da hermenêutica constitucional como essenciais ao processo concretizador. Eles otimizam a interpretação constitucional ao conceder ao intérprete parâmetros norteadores.

Face à importância destes princípios de interpretação constitucional, auxiliando no processo de solução de colisão de direitos fundamentais, teceremos alguns comentários sobre eles.

A importância do princípio da unidade da Constituição é inegável perante o método interpretativo, pois considera a Constituição como um sistema unitário de normas e procedimentos, e não isoladamente. Portanto, o intérprete deve preencher as lacunas obscuras entre as normas de natureza constitucional levando em consideração a própria constituição, ou seja, deve buscar a solução que se amolde à Carta Magna.

O princípio do efeito integrador, por sua vez, ressalta a necessidade amoldar a solução das colisões normativas de natureza constitucional com critérios que otimizem a integração político-social, proporcionando a continuidade à fórmula da unidade política.

De acordo com o princípio da conformidade constitucional o intérprete não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional de repartição de funções estabelecido pelo legislador constituinte, face à coerência do sistema constitucional.

O princípio da eficiência ou da interpretação efetiva, a interpretação deve atribuir à norma constitucional máxima eficácia possível. Em caso de uma colisão entre direitos fundamentais, o princípio da eficiência pode ser invocado como critério interpretativo onde houver dúvida quanto à melhor interpretação possível, devendo o intérprete optar pelo sentido que lhe confira maior eficácia.

¹¹ LOPEZ, Ana Carolina Dode. *Colisão de direitos fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 958, 16 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977>>. [15 jan 2007]

O princípio da força normativa da Constituição exige que o resultado da interpretação possibilite a atualização das normas constitucionais, garantindo-lhes eficácia e permanência.

O princípio da interpretação conforme a constituição é de vital importância para o controle de constitucionalidade, uma vez que estabelece que o aplicador do direito, quando deparar com normas que permitam uma dupla interpretação, deve priorizar a interpretação que possua um sentido em conformidade com a Constituição

Por fim, temos o princípio da concordância prática ou da harmonização, que se destina a conferir aos conflitos entre bens jurídicos soluções coordenadas, rechaçando a possibilidade de ocorrência de sacrifícios de uns em relação aos outros. Konrad Hesse, citado por Inocêncio M. Coelho, indica que "os bens constitucionalmente protegidos, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se alcança na aplicação ou na prática do texto."¹²

Este princípio ganha ainda mais notoriedade quando a interpretação visa solucionar uma colisão entre direitos fundamentais, uma vez que estes direitos não são axiologicamente hierarquizados, o que impede um juízo de preferência de um pelo outro.

Merece nota o fato deste método hermenêutico concretizador ser limitado, pois a hermenêutica constitucional está vinculada a algo estabelecido. Portanto, o texto constitucional é o limite intransponível da atividade hermenêutica.

Mesmo limitado, o método exerce papel de reconhecida importância na busca para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais. Porém, existem outros métodos tão ou mais eficientes que este, como é o caso do Princípio da Proporcionalidade.

3.2 O princípio da proporcionalidade e a ponderação de interesses

O princípio da proporcionalidade, que tem a sua gênese na dogmática germânica, vem ganhando papel de destaque na atual teoria constitucional, como um importante parâmetro para a solução das colisões entre direitos fundamentais¹³.

¹² COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, pág. 91.

¹³ SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, p. 309.

No direito constitucional brasileiro, o princípio da proporcionalidade é garantido implicitamente na Constituição Federal através da cláusula do devido processo legal (*due process of law*) prevista no artigo 5º, inciso LIV.

Ao analisarmos a própria nomenclatura desse princípio, podemos chegar a uma idéia preliminar de haver uma proporção igualitária, equilíbrio, harmonia. É com esta perspectiva que empregaremos o princípio constitucional da proporcionalidade na busca por uma solução justa frente às colisões entre direitos constitucionais fundamentais, através da limitação de medidas restritivas destes direitos e de um sopesamento correto e harmonioso entre os dois interesses conflitantes perante um caso concreto.

Segundo Daniel Sarmento, “o emprego do princípio da proporcionalidade busca otimizar a proteção aos bens jurídicos em confronto, evitando o sacrifício desnecessário ou exagerado de um deles em proveito da tutela do outro”¹⁴.

A fim de ampliar o entendimento sobre o princípio da proporcionalidade, necessário se faz a identificação e a análise do que a doutrina alemã denomina de subprincípios ou princípios parciais do princípio da proporcionalidade.

Estes princípios parciais são: o princípio da adequação (*Geeignetheit*), o princípio da necessidade (*Enforderlichkeit*) e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*)¹⁵.

O princípio da adequação determina que o intérprete deve se utilizar, dentre os meios disponíveis, aquele que mais apto e apropriado para atingir o fim estabelecido. Devendo inexistir uma relação congruente entre meio e fim na medida analisada.¹⁶

O subprincípio da necessidade, ou princípio da exigibilidade, dispõe que a medida restritiva utilizada para o caso concreto seja realmente imprescindível à conservação do conteúdo dos direitos fundamentais conflitantes, ou seja, deve ser escolhido o meio menos gravoso ao exercício do direito fundamental e que não possa ser substituído por outro menos lesivo.¹⁷

Por fim, temos o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, segundo o qual devemos desenvolver uma análise da relação custo-benefício da norma¹⁸, de

¹⁴ Idem, p. 310.

¹⁵ LOPEZ, Ana Carolina Dode. *Colisão de direitos fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 958, 16 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977>>. [15 jan 2007]

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 87.

¹⁷ Idem, p. 88.

¹⁸ Idem, p. 89.

forma que os prejuízos dela decorrentes sejam menores do que os benefícios dela resultantes. Em verdade, o intérprete é convidado a realizar uma verdadeira ponderação de interesses ao utilizar-se desse subprincípio.¹⁹

Ana Paula de Barcellos considera a ponderação de interesses como sendo “uma técnica de decisão própria para casos difíceis (do inglês *hard cases*), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado”²⁰.

Existirem situações em que a medida escolhida para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais, ao passarem pelo crivo dos subprincípio da adequação e da necessidade, se verificam perfeitamente adequadas e necessárias, porém, são inconstitucionais quanto ao resultado obtido, pois atribuem valores desproporcionais aos direitos colidentes, configurando uma verdadeira aberração jurídica.

É neste momento que aflora a importância da utilização de uma ponderação de interesses na hermenêutica jurídica, conferindo um resultado muito mais racional, coerente e controlado ao conflito.

Nesse sentido, a interpretação deve ponderar os danos causados pela medida restritiva dos direitos fundamentais e os benefícios obtidos, a fim de manter uma razoabilidade entre os meios eleitos e o resultado perseguido.

O intérprete, após uma prévia compreensão dos direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos envolvidos no conflito, deve atribuir um peso específico a cada um deles, através de um sistema de ponderação entre os mesmos. O peso atribuído a cada vai depender da intensidade com que estiverem sendo afetados os interesses tutelados por cada um dos direitos. Com isso, pode-se afirmar que estes pesos emprestados só podem ser mensurados mediante um caso concreto.

A partir da atribuição de carga, é possível definir o nível de restrição que cada direito fundamental conflitante será submetido. Ao dissertar sobre o a ponderação entre princípios constitucionais em conflito, Daniel Sarmento assegura que “o nível de restrição de cada interesse será inversamente proporcional ao peso específico que se emprestar, no caso, ao princípio do qual ele se deduzir, e diretamente proporcional ao peso que se atribuir ao princípio protetor do bem jurídico concorrente.”²¹

¹⁹ Idem, p. 89.

²⁰ BARROSO, Luiz Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003, p.55.

²¹ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 104.

O referido autor explica metaforicamente o processo de aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito através da ponderação de interesses:

De um lado da balança, devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e, de outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade.²²

Desta forma, ponderar não quer dizer atribuir-lhes uma grandeza quantitativamente mensurável, muito pelo contrário, significa valorar cada direito fundamental em conflito de forma orientada, idêntica e racional, tendo sempre como parâmetro a realidade fática do conflito.

A prática da ponderação, em se tratando de direitos fundamentais, não é absoluta, pois deve respeitar o que a doutrina achou por melhor denominar de núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Trata-se de um conteúdo mínimo e intangível do direito fundamental, que deve sempre ser protegido em quaisquer circunstâncias, seja pelo legislador, seja pelo aplicador do Direito²³, sob pena de perecer o direito por completo.

Otto y Pardo, citado por Daniel Sarmento, leciona que o núcleo essencial é o *“limite de los límites porque limita la posibilidad de limitar, porque señala un límite má allá del cual no es posible la actividad limitadora de los derechos fundamentales y de las garantías y de las libertades públicas.”*²⁴

Existem duas correntes doutrinárias que tratam do conteúdo essencial dos direitos fundamentais: a teoria absoluta e a teoria relativa.

De acordo com a primeira teoria, a absoluta, o conteúdo essencial do direito fundamental deve ser demarcado de forma abstrata, inexistindo a possibilidade de serem extrapolados os seus limites.

A teoria relativa, por sua vez, preconiza que o núcleo essencial de cada direito fundamental deve ser delimitado tendo como parâmetro o caso concreto, no qual se apresenta o conflito.

²² Idem, p. 89.

²³ Idem, p. 111.

²⁴ SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, p. 315.

O que se pode perceber é que a teoria absoluta, por vezes, pode levar o aplicador do direito a situações complexas. São os casos de conflito onde um direito fundamental só poderá ser tutelado com a total restrição do outro direito igualmente fundamental ou bem constitucionalmente protegido. Como exemplo podemos citar o aborto em casos de anencefalia, onde entram em colisão a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à vida do feto²⁵. Aqui, se o aplicador do direito tutelar algum desses direitos, por certo cerceará por completo o exercício do direito concorrente, sendo impossível uma tutela parcial de ambos os direitos.

Portanto, a teoria relativa do núcleo essencial se apresenta como a mais adequada, “por ser a que mais se adapta à dinâmica do processo decisório das questões constitucionais mais complexas”.²⁶

Pelo que foi dito, podemos concluir que o princípio da proporcionalidade, através de uma ponderação de interesses, é um método que fornece resultados bastante satisfatórios para as colisões entre direitos fundamentais, ao restringir e tutelar razoavelmente cada direito envolvido, de acordo com a forma com que se apresentam no caso concreto.

Porém, a fim de otimizar o resultado obtido através da ponderação, devemos levar em consideração outros interesses tutelados pela constituição, especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme analisaremos a seguir.

3.3 O princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana foi previsto no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas. No Brasil, o legislador constituinte originário o elencou como fundamento do Estado Democrático, sendo previsto no inciso III do artigo 1º da Constituição vigente.

Temos, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana como um cerne da tábua axiológica constitucional, produzindo efeito em todo o ordenamento jurídico, norteando tanto os atos estatais, quanto as relações privadas.²⁷

²⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. Cit. p. 79.

²⁶ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 113.

²⁷ Idem, p. 60.

Seu principal objetivo é defender a integridade de uma pessoa, de modo a garantir o desenvolvimento livre da autonomia do indivíduo e da formação de sua personalidade

Portanto, é de manifesta importância o lugar ocupado por este princípio no mundo jurídico, motivo pelo qual se torna inevitável uma análise da dignidade da pessoa humana como elemento norteador e otimizador das interpretações voltadas a dirimir colisões entre direitos fundamentais.

É certo que a Constituição prevê o princípio em tela não apenas como uma restrição à atuação do Estado, mas também uma obrigação positiva de atuar em prol de garantir o mínimo necessário à sobrevivência digna do cidadão. Em outras palavras, cabe aos órgãos estatais não apenas abster-se de interferir na esfera individual, mas também usar todos os recursos possíveis para evitar que terceiros, mesmo gozando de um direito fundamental, afrontem a dignidade de quaisquer cidadãos.

Neste sentido, a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana como norte hermenêutico pelo aplicador do direito, nada mais seria do que concretização desta obrigação positiva do Estado, por resultar sempre em uma decisão que se amolda aos preceitos constitucionais.

Daniel Sarmiento, em brilhante obra, ao lecionar sobre a importância do papel hermenêutico exercido pelo princípio da dignidade da pessoa humana assevera que “como fundamento basilar da ordem constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana configura diretriz inafastável para a interpretação de todo o ordenamento”²⁸.

Conforme ficou demonstrado, o método hermenêutico concretizador, quando aplicado isoladamente para resolver o conflito entre direitos fundamentais, pode chegar a um resultado que não atenda satisfatoriamente as necessidades do conflito.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, aplicado tanto de forma isolada quanto interagindo com o método concretizador, pode resultar em uma medida que se volte contra os cânones do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Isto acentua a possibilidade e, sobretudo, a necessidade de a dignidade humana ser utilizada conjuntamente com estes métodos.

A ponderação também não se apresenta como um método puramente formal. Ao contrário, possui uma dimensão amplamente substancial, que deve sempre ser destinada à consolidação de valores supremos garantidos pela constituição.

²⁸ Idem, p. 73.

Essa exigência de afirmação e concretização de valores constitucionais supremos só será alcançada na ponderação de interesses, se o resultado da interpretação abarcar os ditames do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que todos os dogmas constitucionais são meros desdobramentos deste princípio.

Portanto, toda atividade de ponderação deve ter como norte o princípio da dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Daniel Sarmiento, “a ponderação deve sempre se orientar no sentido da proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente.”²⁹

Por todos os motivos já expostos, concluímos que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana exerce um papel de essencial importância na tarefa de solucionar as colisões entre direitos fundamentais. Devendo todos os métodos hermenêuticos constitucionais, dentre eles o concretizador e a ponderação de interesses, aproveitarem o princípio em tela, não como absoluto e prevalecendo em todas as circunstâncias, mas sim como um parâmetro para encontrar a solução mais adequada à Constituição Federal.

4 Conclusão

Os direitos fundamentais são direitos cujos conteúdos são abertos e genéricos e que, por isso, estão sujeitos a situações em que o exercício de um direito fundamental irá se confrontar com o exercício de um outro direito fundamental ou bem constitucionalmente protegido.

Diante destas situações, devemos, inicialmente, fixar o âmbito de proteção de cada direito envolvido a fim de verificar a existência de uma colisão aparente ou autêntica.

Diante de uma colisão autêntica, verificamos que o intérprete poderá utilizar-se inicialmente do método hermenêutico concretizador na busca de uma solução que se amolde aos ditames da constituição, baseada nos princípios da hermenêutica constitucional, essenciais ao processo concretizador por otimizarem a interpretação.

Em seguida, passa-se ao exame da proporcionalidade, por meio de seus subprincípios da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Verificando-se que a medida a ser tomada para resolver a colisão é adequada e

²⁹ Idem, p.105.

necessária, deve o intérprete se fazer valer do método da ponderação, atribuindo pesos ou valores aos direitos fundamentais conflitantes, a fim de analisar qual será o mais a medida mais razoável, resguardando, de acordo com o caso concreto, o núcleo essencial do direito.

Por fim, surge o princípio da dignidade da pessoa humana como norte inevitável em todas as interpretações, tendo em vista ser o princípio do qual decorreram todas as outras prerrogativas constitucionais. Caso o resultado esteja contra este princípio, estaremos diante de uma flagrante inconstitucionalidade.

Seguindo os parâmetros apresentados, será possível formular uma uniformidade das decisões envolvendo colisões de direitos fundamentais, em benefício da unidade e coerência do sistema; da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001,.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, in: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

FARIAS, Edílson Pereira de. *Colisão de Direitos – A Honra, A Intimidade, A Vida Privada e A Imagem versus A Liberdade de Expressão*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luiz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

LOPEZ, Ana Carolina Dode. *Colisão de direitos fundamentais: direito à vida X direito à liberdade religiosa*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 958, 16 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7977>>. [15 jan 2007]

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoria general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2002

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.110.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, p.233.

_____. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p.32.

TORRES, Ricardo Lobo (org). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais – uma Leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.36.